

## I.1. DERECHO ADMINISTRATIVO

### O TEMPORA! O MORES!

Por D. MERCENARIO VILLALBA LAVA  
*Magistrado especialista de lo Contencioso-Administrativo*  
*Doctor europeo en Derecho*  
*Tribunal Superior de Justicia de Extremadura*

*«Nada son las leyes sin las costumbres, han dicho grandes sabios...»<sup>1</sup>.*

#### Resumen

Los concursos para provisión de plazas judiciales no pueden fallarse sino con sujeción a sus bases firmes. No es admisible la modificación de las bases por vía interpretativa cuando las palabras son claras. El Fuero del Baylío constituye el Derecho Foral de Extremadura, de ahí que en las bases de la convocatoria para cubrir la plaza a que se refiere la S.T.S. de la Sala III que se comenta de 29-1-2008 se contemplara tal previsión. Al ser el contenido del Fuero del Baylío esencialmente consuetudinario, su correcta aplicación es bien compleja y la postura de los Tribunales de gran trascendencia, como acreditan las secuelas que ha producido la S.T.S. de 8-2-1892. En el caso que se analiza, el Tribunal Supremo contradice toda su jurisprudencia, anterior y posterior, constituyendo un caso único, no estando los Tribunales autorizados para derivar exclusiones que legalmente no se han dispuesto. El Fuero del Baylío nunca se ha utilizado como banderín político y ha sido respetado en todas las épocas históricas dadas sus raíces populares, incluidos los regímenes autoritarios y los monarcas absolutos; todos los poderes públicos han de dispensarle en el vigente régimen democrático, el debido respeto.

---

<sup>1</sup> Cit. *Noticia histórica de las behetrías, primitivas libertades castellanas, con una digresión sobre su posterior y también anticuada forma de Fueros Vascongados*, Madrid, Ángel de los Ríos, 1876.

Sobre la importancia determinante del *common law*, fundado sobre las costumbres de los ingleses como norma de jurisprudencia, en el reconocimiento y declaración de los derechos fundamentales en los siglos XVII y XVIII son bien interesantes las reflexiones de Santiago MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Madrid, Iustel, 3.<sup>a</sup> edición, 2011, págs. 444 y ss.

## Abstract

The competitions for the provision of judicial seats can only be solved subject to their bases. It is impermissible modification of the bases by way of interpretation when the words are clear. The Charter of Baylio is the Foral Law of Extremadura, hence on the basis of the call to cover the seat referred to the S.T.S. of 01/29/2008, Third Division of Supreme Court, such rule was respected. As the contents of the Charter of Baylio is essentially customary, proper implementation is rather complex and the position of the Courts are very important, as is proved the consequences produced by the S.T.S. of 08/02/1892. In the case under review, the Supreme Court contradicts all his jurisprudence, previous and posterior, forming a unique case, not being authorized the Courts to produce exclusions that have not been legally established. The Charter of Baylio has never been used as a political banner and has been respected in all historical epochs given its popular roots, including authoritarian regimes and absolute monarchs; all public authorities in the current democratic regime, have to provide due respect to it.

## SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. EL FUERO DEL BAYLÍO: UN DERECHO VIGENTE CON UNA LARGA TRADICIÓN HISTÓRICA
  1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS
  2. SU VIGENCIA TRAS LA PROMULGACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL Y SU ENCAJE COMO DERECHO FORAL EN LA C.E. DE 1978
  3. SU RECONOCIMIENTO EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE EXTREMADURA 1983 Y SU TRASCENDENCIA PRÁCTICA AL RECOGER UNA INSTITUCIÓN CLAVE COMO LO ES EL RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL. SU POSIBLE CRECIMIENTO ORGÁNICO
- III. EXAMEN DE LA S.T.S. DE 29-1-2008
  1. INTRODUCCIÓN
  2. UN PRECEDENTE: LA S.T.S. DE 8-2-1892
  3. SU ESTUDIO DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS PROCESAL Y ADMINISTRATIVO
    - A) **Un concurso no puede fallarse sino de acuerdo con lo que establecen sus bases firmes. La jurisprudencia hasta ese momento y posterior. Examen de la sentencia desde la perspectiva de los principios de seguridad jurídica, confianza legítima, legalidad y publicidad de los concursos**
    - B) **La inacceptable alteración de las bases de la convocatoria por vía interpretativa**
- IV. EL DEBIDO RESPETO QUE TODOS LOS PODERES PÚBLICOS HAN DE DISPENSAR AL FUERO DEL BAYLÍO

## I. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente trabajo lo constituye el comentario de la S.T.S. de 29-1-2008, que se pronuncia sobre un concurso para la plaza de magistrado de la Sala Civil y Penal de T.S.J. de Extremadura, entre aquéllos que ya pertenecían a la Carrera Judicial.

Para resolver esta cuestión, vierte el Tribunal Supremo una serie de apreciaciones sobre el contenido y alcance que el Alto Tribunal tiene del Fuero del Baylío, que consideramos completamente erróneas. Por otro lado, al resolver se aparta también de la correcta dogmática y constante jurisprudencia administrativa que rige la materia de los concursos.

Se pretende con este trabajo un doble objetivo: divulgar el Fuero del Baylío y, especialmente, promover la sensibilidad y el debido respeto hacia este Derecho consuetudinario consagrado legalmente, de manera que todos los poderes públicos, incluido el Tribunal Supremo, lo valoren en su debida dimensión y coadyuven en la correcta aplicación de su régimen jurídico.

Queremos asimismo, resaltar el respeto que sobre tal costumbre mostraron los Monarcas Absolutos, mientras que los mayores ataques a la integridad y pervivencia de este régimen milenario se vienen perpetrando por las autoridades y funcionarios en la Edad Contemporánea, en la que paradójicamente su principio rector es el supuesto espíritu del pueblo, olvidándose que éste es el alma de la costumbre.

## II. EL FUERO DEL BAYLÍO: UN DERECHO VIGENTE CON UNA LARGA TRADICIÓN HISTÓRICA

### 1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

La vigencia y debida aplicación del Fuero del Baylío quedó sancionada merced a la Real Cédula de Carlos III de 20-11-1778<sup>2</sup>, en que ordenaba a los Tribunales del Reino su aplicación.

La aprobación de tal norma se produjo a consecuencia de la petición del procurador síndico personero de Alburquerque, en cuya súplica al Monarca acompañaba un informe de varios escribanos y personas doctas de la localidad, que acreditaban su vigencia y efectiva aplicación.

---

<sup>2</sup> El expediente elaborado para la aprobación de esta Real Cédula de 20-12-1778 puede consultarse en A.H.N. (Archivo Histórico Nacional), Sección de Consejos, 701, n.º 35.

El Rey solicitó informe del Consejo de Castilla y a su ruego, éste los solicitó a los Alcaldes Mayores de Alburquerque y Jerez de los Caballeros, que a su vez, los hicieron extensivos a las localidades afectadas, para que remitiesen copia de tal norma, si existiese en sus archivos, la relación y vicisitudes de los pleitos fallados en su aplicación, así como el testimonio de personas notables de las respectivas localidades que pudiesen dar noticias del referido Fuero.

Mientras que el informe del Alcalde Mayor de Jerez de los Caballeros fue favorable, no lo fue, sin embargo, el de Alburquerque, a pesar de reconocer su constante aplicación, ya que la consideraba errada e inconveniente, en tanto que era el régimen económico-matrimonial de Portugal, país al que había pertenecido Alburquerque en determinados períodos, estando ahora, sin embargo, incorporado a la Corona Española, y sobre todo por cuanto que en los negocios que celebraban los maridos era precisa también la intervención de las mujeres, so pena de nulidad, lo cual entendía que era contrario al Derecho Patrio<sup>3</sup>.

Hemos de tener presente que en aquella época, el marido podía vender sin permiso ni autorización de la mujer, no sólo los bienes privativos propios e incluso los gananciales sino que también, en determinadas épocas, los dotales e incluso los privativos de la esposa.

La cuestión desbordaba realmente el marco jurídico, porque manifestar en aquella época, que la mujer tenía que participar en el tráfico económico junto con el marido para que el contrato fuese válido, no sólo significaba para los juristas desconocedores del Fuero del Baylío un desconocimiento absoluto del Derecho, sino que denotaba que no se estaba completamente bien del entendimiento, ya que se desconocía algo entonces absolutamente evidente, como eran las diferentes capacidades del hombre y la mujer, y la necesidad de que el padre, el hermano o el marido completase la deficiente de ésta.

Los juristas conocedores del Fuero del Baylío tuvieron que acudir a razonamientos indirectos para mantener que los bienes sujetos al Fuero precisa-

---

<sup>3</sup> Ver en este sentido a Diego CASTILLO, *Utilis et aurea glosa super leges Tauri*, Medina del Campo, 1553, folio 86 vuelto; TELLO FERNÁNDEZ, *Constitutionum Taurinas utilis interpretatio*, Granada, 1566, folios 164 y ss.; Antonio GÓMEZ, *Opus praeclarum et utilissimum super legibus Tauri*, Salamanca, 1575, folios 173 vuelto y ss.; Gregorio LÓPEZ, *Aparato de glosas a las Siete Partidas*, Salamanca, 1555, glosa a las palabras «comunamente de so uno», de la Partida 5, 5, 55; Diego COVARRUBIAS DE LEIVA, *Variarum Resolutionum*, III, XIX, 2, cit. *Omnia opera*, vol. I, Lugduni, 1588, pág. 435; Juan MATIENZO, *Commentaria in librum quintum recollectionem legum hispaniae*, 5, 9, 2; Ayerbe de AYORA, *Tractatus de partitionibus bonorum communium inter maritum et uxorem et filios ac heredes eorum*, Granada, 1586, folios 60 vuelto y ss., entre otros. La tesis, *grosso modo*, se mantuvo en líneas generales en el s. XIX y a principios del pasado s. XX, y así lo propugnaba Francisco de CÁRDENAS, *Estudios jurídicos*, II, 1884, recogiendo un trabajo previo de 1850 «Ensayo histórico sobre las leyes y doctrinas que tratan de los bienes materiales del matrimonio», publicado en el vol. IX de la Revista *Derecho Moderno*; Sancho LLAMAS y MOLINA, *Comentario crítico, jurídico, literal a las ochenta y tres leyes de Toro*, Madrid, 1853, págs. 302 y ss.; Quintus MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil comentado y concordado*, tomo XXII, Madrid, 1905, pág. 75.

ban del mancomún consentimiento de los cónyuges en los actos de enajenación de bienes<sup>4</sup>.

Teniendo en cuenta la totalidad de los informes y lo aportado por la doctrina,<sup>5</sup> el Consejo de Castilla informó favorablemente su aprobación, lo que verificó el Rey, estableciendo tal Real Cédula en su parte dispositiva: «*Apruebo la observancia del Fuero denominado del Baylío: y mando que todos los Tribunales de estos mis Reinos se arreglen a él para la decisión de los pleitos que sobre particiones ocurran en la citada villa de Alburquerque y Ciudad de Jerez de los Caballeros, y demás pueblos donde se ha observado hasta ahora, entendiéndose sin perjuicio de providenciar en adelante otra cosa, si la necesidad y transcurso del tiempo acreditase ser más conveniente que lo que hoy se observa en razón del citado fuero, si lo representasen los pueblos. En cuya consecuencia os mando igualmente a todos y a cada uno de Vos en vuestros lugares, distritos, y jurisdicciones, veáis esta mi Real Resolución, y la guardéis, cumpláis y ejecutéis y hagáis guardar, cumplir y ejecutar en todo y por todo como contiene, sin contravenirla, ni permitirlo con ningún pretexto o causa, antes bien, para que tenga su entero valor y cumplimiento daréis órdenes, autos y providencias que convengan: Que así es mi voluntad; y que al traslado impreso de esta mi Cédula, firmado de Don Antonio Martínez Salazar, mi secretario Contador de Resultas, Escribano de Cámara más antiguo y de Gobierno de mi Consejo se le dé la misma fe y crédito que a su original. Dada en Madrid a 20 de diciembre de 1778*».

La Real Cédula recoge la obligatoria aplicación de este régimen por los Tribunales pero no expone con la debida claridad y extensión su contenido.

La citada norma pasó a la Novísima Recopilación de 1805 que constituye el texto legal vigente.

<sup>4</sup> Tanto Matías Ramón MARTÍNEZ Y MARTÍNEZ (*El Libro de Jerez de los Caballeros*, Sevilla, 1892, págs. 170-171), como José FERNÁNDEZ DÍAZ («El Fuero del Baylío», *Revista de Extremadura*, tomo VIII, 106, pág. 356), se hacen eco de la polémica sostenida por los notarios de Fregenal de la Sierra: Wenceslao José Carvallo y Juan José Méndez, con relación a la necesidad del mancomún consentimiento de los cónyuges en los actos de disposición y gravamen de los bienes, y que se traslucieron en sendos artículos publicados en el Boletín del Colegio Notarial de Cáceres de 1880. El primero de los citados sostenía que el marido no necesitaba el consentimiento de la mujer para ello, ya que los bienes se consideraban gananciales, y para esta categoría de bienes no era preciso el consentimiento de la esposa, mientras que el Sr. Méndez mantenía que todos los bienes: «se comunican y sujetan a partición como gananciales», razón por la que la consideración de tales bienes como gananciales, sólo se produce a la partición, pero no antes. El segundo de los citados tenía que apelar a que los bienes sólo eran gananciales a la disolución, de manera que al ser comunes durante el matrimonio no se les aplicaba el régimen previsto para los gananciales que preconizaba el primero, y que permitía su venta, incluso por la voluntad del marido exclusivamente. Como vemos no se pone en tela de juicio su carácter conmutativo, sí la naturaleza de esa comunidad. Se puede decir, sin el menor atisbo de duda, que hasta la S.T.S. de 1892 que mencionaremos, de forma rotunda, unánime, rigurosa y clara, al Fuero del Baylío se le considera, en todos y cada uno de los documentos encontrados, como un régimen económico matrimonial, en que por la celebración del matrimonio se hacen comunes los bienes del matrimonio, los adquiridos y los traídos a él, por cualquier causa, necesitándose el mancomún consentimiento de los cónyuges para los actos de enajenación, y dividiéndose por mitad, la masa común a la disolución del matrimonio.

<sup>5</sup> Antonio AYERBE DE AYORA, *Tractatus de partitionibus bonorum communium inter maritum et uxorem et filios ac heredes eorum*, 1586.

No han sido correctamente valoradas las señas de identidad del Fuero del Baylío: mayor desvinculación de los bienes, y solidaridad y equiparación de los cónyuges; símbolos de modernidad, que desde tiempo inmemorial, fueron respetados en el Fuero del Baylío, incluyendo la Edad Media, como atestiguan los documentos en que se plasma su aplicación.

Así en el pleito de María Mejías<sup>6</sup> en que se pretendía la incautación de todos los bienes del marido, a consecuencia del delito de labrar moneda falsa, los Reyes Católicos, en 1490, tras la información del Alcalde Mayor de Burguillos, consideraron la vigencia de tal régimen en tanto que era una costumbre jurídica que se aplicaba en la localidad.

Si en esta época se consideraba al Fuero del Baylío como régimen jurídico consuetudinario es por cuanto que su implantación y observancia debían ser muy anteriores. La generalidad de la doctrina considera que sus orígenes remotos deben buscarse en el Derecho Celtibérico<sup>7</sup>, Germánico<sup>8</sup> o Romano<sup>9</sup>, si bien la

<sup>6</sup> Archivo General de Simancas, Registro General del Sello, VI-1490-484 y VI-1491-97 y 120. En una ejecutoria expedida por los Reyes Católicos en 1494, que se encuentra en el Archivo de la Real Chancillería de Valladolid, se recoge también la aplicación de este régimen jurídico en un pleito resuelto en instancia por el juez corregidor del Maestre de Jerez, Alonso Fuentes y en apelación ante el Consejo del Maestre de la Orden de Santiago, Pedro Orozco (Registro de ejecutorias, caja 0077.0029). Por razones geográficas pueden consultarse otros pleitos en la Real Chancillería de Granada, como el fallado en la instancia por el licenciado Mercado, Teniente Corregidor de la ciudad de Jerez de los Caballeros, y en grado de apelación y suplicación ante tal Chancillería en 1548 (Archivo de la Real Chancillería de Granada, caja 2359, pieza 6). De 1399 puede verse otro documento público en el Archivo Histórico Nacional (A.H.N.), Sección Nobleza, Casa de Osuna, caja 339, documento 16. Es difícil encontrar documentos históricos anteriores a los Reyes Católicos, ya que en las guerras civiles castellanas se destruían tales documentos. Por noticias históricas respecto de otras formas de comunidad universal de bienes en la Península Ibérica (Portugal, Corona de Aragón o Galicia) sabemos que tal régimen se aplicaba y merced a su origen común, también debió aplicarse en esta zona de la actual Extremadura. En este sentido téngase presente el trabajo de María Luz ALONSO, «La dote en los documentos toledanos de los siglos XII-XV», A.H.D.E. (*Anuario de Historia del Derecho Español*), tomo XLVIII, 1978, Madrid, págs. 379-456, así como la fórmula XX de las visigodas descubierta por Ambrosio de Morales en el siglo XVI.

<sup>7</sup> Rafael de UREÑA Y SMENJAUD (*Historia de la literatura jurídica española*, tomo I, vol. I, 2.ª edición, Madrid, 1906, págs. 250, 251, 277, 287, 295 y 380); Matías MARTÍNEZ PEREDA, «El Fuero del Baylío residuo vigente del Derecho Celtibérico», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 3, 1925, págs. 213-220.

<sup>8</sup> Juan MAHÍLLO SANTOS, «Estudio sobre el Fuero del Baylío», *Revista de Estudios Extremeños (R.E.Ex.)*, tomo XIV, 1958, págs. 159 y ss.; Manuel MADRID DEL CACHO, *El Fuero del Baylío. Un enclave foral en el Derecho de Castilla*, Córdoba, 1963, págs. 79 y ss.; Manuel RAMÍREZ JIMÉNEZ, «El Fuero del Baylío y su vigencia en Ceuta», *Anuario Derecho Civil*, tomo XV, 1958, págs. 999-1023; Eduardo CERRO Y SÁNCHEZ-HERRERA, «Investigación sobre el Fuero del Baylío», *Revista de Derecho Privado*, 1974, págs. 55 y ss.; Antonio ROMÁN GARCÍA, «El régimen económico-matrimonial del Fuero del Baylío (aproximación al estudio de la normativa del Fuero del Baylío)», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, n.º 8, Cáceres, 1990, pág. 448; Federico PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho Civil Español*, tomo II, vol. I, Madrid, 1947, pág. 265; Hans PLANITZ, *Principios de Derecho Privado Germánico*, traducción de la 3.ª edición alemana, edit. Bosch, 1957, pág. 305; José CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español, común y foral*, tomo V, vol. I, Madrid, edit. Reus, 1994, pág. 313; José Manuel PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRAGA, *Interpretación histórica del Derecho*, Madrid, 1996, págs. 329 y ss.

<sup>9</sup> Florencio GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Madrid, 1852, reedición, Zaragoza, 1974, págs. 664 y 665.

influencia del cristianismo<sup>10</sup> y la situación de frontera con Portugal actuaron como acicates de su efectiva aplicación<sup>11</sup>.

Toda la documentación histórica obrante en los diversos archivos<sup>12</sup>, acredita la aplicación documental del Fuero del Baylío en la Edad Moderna y Contemporánea.

## 2. SU VIGENCIA TRAS LA PROMULGACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL Y SU ENCAJE COMO DERECHO FORAL EN LA C.E. DE 1978

La aprobación del C.c. no produjo la derogación del Fuero del Baylío por la constatación reiterada de su aplicación<sup>13</sup>, sino por cuanto que el art. 1976 de tal texto legal derogaba los usos y costumbres que constituían el Derecho Civil Común, pero no los especiales que constituían Derecho supletorio, como se deducía de los arts. 6 y 12 de la originaria redacción<sup>14</sup>.

<sup>10</sup> Mercenario VILLALBA LAVA, *El Fuero del Baylío como Derecho Foral de Extremadura*, Asamblea de Extremadura, 2009, págs. 180-270, considera que su origen remoto, como el del resto de comunidades universales del matrimonio en la Península Ibérica, debe buscarse en el Derecho Romano Vulgar, lo que justifica con un estudio de la legislación de los emperadores Valentiniano III, Mayoriano, Libio Severo, León I y Justiniano, pasando después al Derecho Visigodo y a los Fueros Medievales, especialmente a partir del siglo XII a los denominados extensos, que recogían las costumbres populares. Con apoyo en otros autores considera que el pensamiento y moralidad cristiana fueron los que hicieron evolucionar al Derecho Romano Clásico hasta el conocido como Vulgar, dando tal religión cobijo a la continuidad de este régimen instaurado en el Bajo Imperio Romano, y cuyo repliegue se produce en los siglos XIV y XV con la recepción del Derecho Romano Clásico, y el consiguiente auge de los sistemas de separación y la postergación de la mujer.

<sup>11</sup> En Portugal, el régimen de comunidad universal de bienes en el matrimonio fue el régimen legal supletorio desde las Cortes de Santarém de 1468 hasta 1966.

<sup>12</sup> Así puede consultarse el Archivo Histórico Provincial de Badajoz o los Parroquiales de los pueblos aforados.

<sup>13</sup> Así lo reconocen Rafael de UREÑA y SMENJAUD, «Derecho foral», en *Enciclopedia Jurídica Española*, 1.ª edición, 1934, tomo XI, pág. 146; Teófilo BORRALLO SALGADO, *El Fuero del Baylío. Estudio Histórico-Jurídico*, Badajoz, 1915, págs. 184-231; Federico de CASTRO y BRAVO, *Derecho Civil de España*, tomo I, *Parte General*, Madrid, 1955, págs. 188 y ss.; Manuel MADRID DEL CACHO, *El Fuero del Baylío. Un enclave foral en el Derecho de Castilla*, Córdoba, 1963, págs. 85-94; Eduardo CERRO y SÁNCHEZ-HERRERA, «Investigación sobre el Fuero del Baylío», *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1974, págs. 101-104. Nos da cuenta de esta práctica Florencio Benítez López, notario ejerciente en territorio aforado, quien tras criticar que Extremadura quedara excluida del Decreto de 24 de abril de 1879, recalca la observancia práctica del Fuero del Baylío, antes y después de la vigencia del Código civil, *Revista de Extremadura*, I, 1899, pág. 247. Buena prueba de lo que decimos son: 1) las R.D.G.R.N. de 19-08-1914, 10-11-1926, 11-8-1939 y 9-01-1946, 2), los proyectos legislativos tendentes a su positivación de 1972, 1978 y 1984 y, 3) las S.A.P. de Badajoz de 10-5-1993, 4-05-2000, 16-06-2000, 19-12-2000, 3-04-2002, 17-12-2003, la S.A.T. de Cáceres de 29-3-1988, y las sentencias de los Juzgados de Primera Instancia de Instrucción de Olivenza de 19-7-1991 y Jerez de los Caballeros de 27-02-1986 y 29-04-1998, entre otras.

<sup>14</sup> En este sentido véase a Jesús DELGADO ECHEVARRÍA en *Comentarios al Código civil*, tomo II, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, págs. 2178 y 2179. Miguel GARCÍA DE VINUESA (*Indicaciones sobre el Fuero del Baylío*, 1894, inédito, A.H.N., Sección Universidades, 4116, expediente 12, págs. 24-31) fue el primer autor que conozco, que trató la cuestión y la resolvió, a mi juicio, como puede verse,



El texto de la Novísima Recopilación apela a la aplicación del Fuero del Baylío en defecto de pacto al «Fuero de León», que constituía la ley común, que sí era derogada por el C.c., ya fuese norma escrita o costumbre vigente.

El art. 149.1.8 de la C.E. de 1978 permite que las Comunidades Autónomas asuman en sus Estatutos de Autonomía: la conservación, modificación y desarrollo de su Derecho Foral<sup>15</sup>.

La S.T.C. 88/93 (f. jdco. 2.º), siguiendo la línea trazada por la 121/92, establece que el concepto de conservación, que utiliza el texto Constitucional, permite la asunción e integración en el Ordenamiento Autonómico de las Compilaciones y normas derivadas de las fuentes propias de su propio Ordenamiento, así como la formalización legislativa de costumbres efectivamente vigentes en su ámbito territorial<sup>16</sup>.

Por modificación entiende la actualización normativa de tales instituciones ya reguladas, y por desarrollo, el crecimiento orgánico merced a una acción legislativa, a través de instituciones conexas con las ya reguladas, lo que no significa, sin embargo, una competencia civil ilimitada *rationae materiae* (f. jdco. 3.º).

La referida S.T.C. contiene dos votos particulares de los Magistrados Viver Pi-Sunyer y González Campos.

Para el primero de ellos, el Derecho Foral que se menciona en los Estatutos de Autonomía no puede referirse a una serie más o menos residual de normas o instituciones aisladas sino a un conjunto normativo con sistematización y conexión interna.

---

correctamente, sobre la base de los arts. 6 y 12 del C.c., destacando que era indudable, que el Fuero del Baylío debía aplicarse a los matrimonios ya contraídos a la entrada en vigor del Código civil y que, en la esfera de los hechos, continuaba aplicándose por los funcionarios encargados de autorizar y calificar los documentos en que constaba el nacimiento, transmisión y extinción de las relaciones jurídicas de tales matrimonios.

<sup>15</sup> En opinión de Clavero, el Constitucionalismo clásico repudia al foralismo, en tanto que no se trata de normas aprobadas por el parlamento, que representa la voluntad popular. Fruto de esa idea es que la Constitución de 1931 permite que las Regiones pudiesen crear Derecho Civil, *ex novo*, con las limitaciones que allí se recogían. Pero en la C.E. de 1978 se dan la mano, sin embargo, dos conceptos en principio antitéticos: legalidad democrática y Derechos Forales, idea cuyas raíces han de buscarse en la Restauración, y especialmente en el respeto que la derecha catalana pretendía durante el desenvolvimiento regional de la II República. Bartolomé CLAVERO, *Los Fueros en la España contemporánea: de la reacción antiliberal al federalismo vergonzante*, Madrid, Siglo XXI editores, 1982, págs. 8, 9 y 55 y ss. e «Historia jurídica y Código político: los Derechos forales y la Constitución», *A.H.D.E.*, tomo L, 1980, págs. 131 y ss.

<sup>16</sup> Ahora bien, en ningún caso, tales competencias permiten a las Comunidades Autónomas una conservación, modificación o desarrollo de su Derecho Foral, de forma incompatible con los mandatos y principios constitucionales, en tanto que la Constitución es la Norma Suprema del ordenamiento jurídico, de modo, que los Derechos históricos o forales han de adaptarse al nuevo Estado Democrático de Derecho (S.T.C. 76/1988). Lo que aquí exponemos no ha sido modificado sino ratificado y utilizado para resolver en la S.T.C. 31/2010 de 28-junio, que se pronunciaba sobre la última modificación del Estatuto de Cataluña aprobada por L.O. 6/2006.



El segundo se opone a que entre las antiguas y nuevas instituciones deba existir una conexión, que en la sentencia no se aclara si ha de ser próxima o remota, o referirse al Derecho vigente o histórico<sup>17</sup>.

3. SU RECONOCIMIENTO EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE EXTREMADURA 1983 Y SU TRASCENDENCIA PRÁCTICA AL RECOGER UNA INSTITUCIÓN CLAVE COMO LO ES EL RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL.  
SU POSIBLE CRECIMIENTO ORGÁNICO

Dice el art. 9.1.4 del Estatuto de Autonomía de Extremadura<sup>18</sup> que: «La Comunidad Autónoma de Extremadura tiene competencia exclusiva sobre la conservación, defensa y protección del Fuero de Baylío e instituciones de derecho consuetudinario».

El art. 50.2. a) y b) de este mismo texto legal<sup>19</sup> señala que el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura conocerá de los asuntos y ejercerá las funciones que en materia de Derecho estatal establezcan las leyes de Estado, y, en los términos previstos en la Ley Orgánica del Poder Judicial, de las siguientes cuestiones: «de los recursos de casación fundados en la infracción del derecho propio de Extremadura, así como de los recursos extraordinarios de revisión que contemple la ley contra las resoluciones firmes de los órganos jurisdiccionales radicados en Extremadura», así como de «los recursos de casación y revisión relacionados con el Fuero del Baylío».

En este sentido el art. 330 de la L.O.P.J. establece que la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia se cubrirá, respecto de los magistrados que ya pertenecen a la Carrera Judicial, entre aquéllos que tengan cierta antigüedad en la categoría y especiales conocimientos en Derecho Civil, Foral o Especial propio de la Comunidad Autónoma.

Es indiscutible que el Fuero del Baylío se proyecta sobre una institución de Derecho Civil clave, como lo es el régimen económico-matrimonial.

---

<sup>17</sup> Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO («La conservación, modificación y desarrollo de los Derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan», *Derecho Privado y Constitución*, n.º 1, 1993, pág. 59) al dar respuesta a estas interrogantes opina que, el único sentido que cabe atribuir a la exigencia de conexión es que la misma sea inmediata, y se refiera a materias e instituciones reguladas en el momento de promulgarse la Constitución, sin que en ella tengan cabida, ni las reguladas posteriormente, ni aquellas que constituyen Derecho histórico.

<sup>18</sup> El Estatuto de Autonomía de Extremadura hasta la reforma operada por L.O. 1/2011 de 28-I, en la redacción aplicable al caso, disponía en su art. 11.1 que: «corresponde a la Comunidad Autónoma la conservación, defensa y protección del Fuero del Baylío y demás instituciones de Derecho consuetudinario».

<sup>19</sup> Los arts. 41 y 42 del Estatuto de Autonomía, antes de la reforma citada, y en la redacción aplicable al caso que el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura culmina la organización judicial de Extremadura, teniendo los Juzgados y Tribunales de la Comunidad las competencias que sean establecidas por las leyes orgánicas y procesales del Estado, si bien «en materia civil se extenderá a todas las instancias y grados, incluidos los recursos de casación y revisión en cuestiones relacionadas con el Fuero del Baylío y las demás instituciones de Derecho consuetudinario extremeño».

Al tratarse de una comunidad universal de bienes en el matrimonio, toda la vida patrimonial tiene su reflejo en tal régimen, de manera que su contenido no sólo afecta al Derecho Civil matrimonial sino que afecta a otras facetas del Derecho Civil, tales como al de obligaciones y contratos, sucesiones y donaciones, y derechos reales. La debida aplicación de este régimen jurídico se proyecta al Derecho Constitucional como hemos visto, Hipotecario y Notarial, Internacional Privado e inclusive al Procesal.

Para conocer si un negocio jurídico es válido es preciso saber si tal bien es privativo o común, o aún en este caso, si puede ser transmitido por uno de los cónyuges o es precisa la concurrencia de ambos, para lo cual han de tenerse presentes determinadas cautelas en los registros jurídicos y por parte de los profesionales oficiales, debiendo observarse una serie de normas jurídicas para la resolución de conflictos en el espacio, según se trate de una ley personal o territorial, con trascendencia en el ámbito del Derecho Procesal orgánico, cuya importancia se pretende resaltar en este trabajo, y también en el adjetivo, como acreditaremos más adelante.

Además, a la vista de la S.T.C. 88/93 citada y de lo acontecido con otras Comunidades Autónomas son innegables las posibilidades de desarrollo orgánico de este Derecho Foral.

El Fuero del Baylío también tiene una gran trascendencia práctica, en cuanto que es durante el matrimonio o en fechas posteriores a él, pero influido por este acto jurídico, cuando las personas celebran la mayor parte de sus negocios jurídicos<sup>20</sup>. Es también notorio el alto porcentaje de personas que celebran matrimonios o conviven en parejas institucionalizadas.

El Fuero del Baylío responde y tiene en su seno un conjunto de valores y principios, que no son sólo la causa de su vigencia y aplicación sino que han de utilizarse para resolver cualquier problema jurídico que se presente.

Al no encontrarse por escrito tales principios, su determinación y aprendizaje debe verificarse tras una ardua labor de examen de la documentación histórica en que se plasma su vigencia, lo que constituye una tarea todavía pendiente y que deberá constituir una especie de parte general en el estudio del Fuero del Baylío.

Tal extremo, que en principio parece ser exagerado no lo es. Las instituciones oficiales no han aplicado correctamente el Fuero del Baylío, al hacerlo con base en principios del Derecho general del Estado y no con los suyos propios

---

<sup>20</sup> Prueba de lo que decimos es que en nuestro Derecho se toman prevenciones para dar publicidad al régimen económico-matrimonial de la pareja, lo que actualmente se lleva a cabo a través de los Registros Civiles y Mercantiles (arts. 1332 y 1333 del C.c., 266 del Reglamento del Registro Civil, 12 y 22 del C. de Comercio y 92 del Reglamento del Registro Mercantil. Países como Alemania, Holanda, Suiza o Portugal han creado un registro específico de capitulaciones matrimoniales.

especiales. En el siguiente apartado daremos cumplida cuenta de lo que acabamos de exponer.

La debida observancia y aplicación del Fuero del Baylío se deriva de tratarse de una norma vigente recogida en la Novísima Recopilación de 1805, pero sobre todo, de que en la realidad se trata de una institución que se aplica realmente por considerarse vigente y aplicable en tanto que es una costumbre jurídica obligatoria (S.T.C. 88/93).

No cabe duda, la pujanza del Fuero del Baylío se debe a su vigor popular. No es lo que Ureña<sup>21</sup> denominaba constituciones de papel.

Los juristas debemos descubrirnos ante la costumbre y respetar el código de valores que encierra, ya que es la manifestación expresa de un sentimiento social, establecida por los actos continuamente repetidos de los individuos que obraron con la convicción y firmeza de la prudencia jurídica en los hechos que ejecutaban, y consideraban buenos, justos y propios para formar una regla común de convivencia.

La costumbre es, en definitiva, el Derecho que más fielmente da respuesta a una necesidad previamente sentida.

Como demócratas, nuestro sentimiento debe ser el de la mayor satisfacción, ya que la costumbre jurídica gana todos los días, por abrumadora mayoría, el referéndum de su existencia.

### III. EXAMEN DE LA S.T.S. DE 29-1-2008

#### 1. INTRODUCCIÓN

Del examen del apartado anterior queremos destacar los episodios relevantes que ha vivido el Fuero del Baylío en la Edad Moderna, y el respeto que ha tenido como Derecho Foral español en la Constitución Española de 1978 y en el Estatuto de Autonomía de Extremadura de 1983, así como el carácter nuclear de la institución jurídica que regula y sus posibilidades de crecimiento orgánico.

---

<sup>21</sup> Rafael de UREÑA (*Historia de la literatura jurídica española*, tomo I, vol. I, 2.<sup>a</sup> edición, Madrid, 1906, págs. 21 y 22) al hablar del fenómeno jurídico utilizaba el término de «constituciones de papel», en frase de Balmes, para referirse a códigos o leyes, que formando parte de códigos o leyes oficiales quedan relegadas a letra muerta, por no encarnar el espíritu jurídico del pueblo. La razón se encontraría en lo que denomina «principio de imposición» del poder público, que otorga para una determinada población o territorio un régimen jurídico que es extraño, bien a sus costumbres jurídicas o a sus condiciones sociales. Frente a estas constituciones de papel se alzaría un interés por la documentación jurídica efectiva, que nos descifraría el verdadero sentimiento jurídico de ese pueblo. Es decir se trataría de normas que aunque perfectamente definidas por el Derecho positivo, su derogación no levantaba ningún tipo de sentimiento, en cuanto no hayan sido practicadas e interiorizadas por la población. Quizás no exagere en absoluto si manifiesto que pocas normas de Derecho vigentes en España son comparables al Fuero del Baylío, en cuanto a Derecho vivido e interiorizado y respetado por la población a lo largo de los siglos.

Este marco debe servirnos para abordar, lo que constituye el objeto central de este trabajo, cual es el comentario de la S.T.S. de la Sala III, Sección 7.<sup>a</sup> de 29-1-2008 (rec. 247/2004), que en el fondo se pronuncia sobre la resolución de un concurso entre magistrados pertenecientes a la carrera judicial para la cobertura de una plaza de magistrado de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura<sup>22</sup>.

Del examen de sus afirmaciones se pueden extraer conclusiones sobre la importancia y alcance que, según el Tribunal Supremo, ha de darse a este Derecho Foral.

## 2. UN PRECEDENTE: LA S.T.S. DE 8-2-1892

La S.T.S. de 8-2-1892 supone un hito en la historia del Fuero del Baylío, y al abordarlo desde el punto de vista sustantivo en su primer considerando dice que: *«no consiste, según los términos de la citada ley, en la comunidad de los bienes desde el instante del matrimonio sino en comunicarlos y sujetarlos todos a participación como gananciales, o sea al tiempo de disolverse la sociedad, que es el momento en que con arreglo a la legislación común se determina este carácter en los que excedan de las peculiares aportaciones de los cónyuges; y por lo tanto que durante el matrimonio pueden los sometidos a dicho fuero disponer libremente de los bienes de su particular patrimonio»*.

Pocas resoluciones judiciales han despertado tan unánime sentir. Ni un solo estudioso del Fuero del Baylío se refiere a ella en términos diferentes a disparate jurídico<sup>23</sup>.

Teófilo Borralló Salgado<sup>24</sup>, Registrador de la Propiedad de Olivenza, señalaba que la sentencia abría nuevas orientaciones nunca previstas ni menos sospechadas por los estudiosos del Fuero del Baylío.

Matías Martínez Pereda<sup>25</sup> decía que sus afirmaciones eran: a) históricamente falsas, ya que la Real Cédula no resolvía la cuestión, b) doctrinalmente inadmisibles, ya que la comunidad existe entre los cónyuges, no sólo entre uno de ellos

<sup>22</sup> Quiero aclarar que, sobre la cuestión central que resuelve esta sentencia no me voy a pronunciar, para juzgar es preciso un proceso en el que se analicen los elementos fácticos alegados por las partes y se compruebe su veracidad, aspectos totalmente ajenos a lo que se pretende en este trabajo, que es señalar que el Fuero del Baylío es un Derecho Foral que no debe menoscabarse y cuyo conocimiento debe valorarse en las convocatorias para cubrir estas plazas.

<sup>23</sup> Toda la documentación que existe sobre el particular pone de manifiesto que los bienes son comunes desde la celebración del matrimonio. Ya hemos hecho mención a algunos de ellos, y en el expediente que mandó a hacer Carlos III existen multitud de informes de escribanos y personas notables de las localidades en el sentido expuesto.

<sup>24</sup> Teófilo BORRALLÓ SALGADO, *El Fuero del Baylío. Estudio Histórico-jurídico*, Badajoz, 1915, pág. 71.

<sup>25</sup> Matías MARTÍNEZ PEREDA, «El Fuero del Baylío, residuo vigente del Derecho Celtibérico. Errores de la doctrina y de la jurisprudencia sobre dicho fuero», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 5, 1925, págs. 357 y ss. Posteriormente al comentar la R.D.G.R.N. de 19-08-1914 dijo de ella que: «un Centro donde ya hay hombres que piensan y que no se distinguió, ni mucho menos, por un respeto servil a las doctrinas del Tribunal Supremo, contra las que tantas veces deliberada

y los herederos del premuerto, algo que considera tan absurdo monstruoso y violento para nuestra conciencia jurídica, que no se alcanza siquiera cómo pudo ser declarado y, c) prácticamente inicuas.

Ahora bien, aunque la costumbre siguió entonces y sigue siendo la misma, lo cierto es que la Dirección General de Registros y de Notariado siguió esta doctrina del Tribunal Supremo en las resoluciones de 19-8-1914, 10-11-1926, 11-8-1936 y 9-1-1946, que ha afectado al funcionamiento de los Registros de la Propiedad<sup>26</sup>, a la práctica notarial, y últimamente a alguna sentencia de los Tribunales.

La Notaría y el Registro de la Propiedad pasaron de ser instrumentos de seguridad jurídica a convertirse en eficaz coartada de adquisiciones por terceros de supuesta buena fe, ya que se permitió que el esposo pudiese enajenar los bienes sin concurso de la mujer, lo que, sin embargo, vetaba la Real Cédula.

Federico Barrachina, Lino Duarte Insúa, José María Manresa y Navarro, Pedro Arribas Portales, Ramón María Roca Sastre, José Castán Tobeñas, Manuel Ramírez Jiménez, Francisco Bonet, Salvador Minguijón, Manuel Madrid del Cacho, Eduardo Cerro, Antonio García Galán, Buenaventura Camy Sánchez-Cañete, Francisco Blasco Gascó, Mariano Yzquierdo Tolsada, Antonio Román García, José María Chico y Ortiz, José Manuel García García, Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla, Javier Sánchez Arjona y Mercenario Villalba Lava, es decir, la totalidad de la doctrina que se ha pronunciado sobre el particular considera que la comunicación de los bienes se produce a la celebración del matrimonio, con todos los efectos inherentes a tal cotitularidad<sup>27</sup>.

---

y conscientemente se coloca, invoca aquí para fundamentar su resolución uno de los más funestos fallos del Tribunal Supremo».

<sup>26</sup> No obstante, y a pesar de lo expuesto, hasta la llegada de los años treinta del siglo pasado se hacía constar todavía por nota marginal en los Registros de la Propiedad de las poblaciones aforadas, que los bienes que constaban escritos a nombre de uno de los cónyuges pasaban a ser comunes por haberse celebrado el matrimonio, lo que se solía justificar por la certificación eclesiástica del párroco que había oficiado la ceremonia religiosa.

<sup>27</sup> Federico BARRACHINA Y PASTOR, *Derecho Foral Español*, tomo I, Castellón, 1911, pág. 241; Lino DUARTE INSÚA, *Historia de Albuquerque*, Badajoz, 1929, pág. 613, nota 2; José María MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código civil español*, tomo I, Madrid, 1943, pág. 143; Pedro ARRIBAS PORTALES, «Algunas anomalías del Fuero del Baylío y de su aplicación conjunta con instituciones del Código civil», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, tomo XVIII, Madrid, 1945, pág. 263; Ramón María ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, tomo III, *Registro de la Propiedad*, 1948, págs. 151 y ss.; José CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español Común y Foral*, tomo V, *Derecho de Familia*, vol. I, *Relaciones conyugales*, 12.<sup>a</sup> edición, Madrid, Reus, 1994, págs. 980-981; Manuel RAMÍREZ JIMÉNEZ, «El Fuero del Baylío y su vigencia en Ceuta», *A.D.C.*, tomo XV, 1958, pág. 1015, Francisco BONET, *Compendio de Derecho Civil*, tomo IV, *Derecho de Familia*, edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1960, págs. 369 y ss.; Salvador MINGUIJÓN, «Fuero del Baylío», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, tomo X, edit. Seix, Barcelona, 1960, págs. 302 y 303; Manuel MADRID DEL CACHO, *El Fuero del Baylío. Un enclave foral en el Derecho de Castilla*, Córdoba, 1963, págs. 109-119; Eduardo CERRO Y SÁNCHEZ-HERRERA, «Investigación sobre el Fuero del Baylío», *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1974, pág. 122; Antonio GARCÍA GALÁN, «El llamado Fuero del Baylío en el territorio de Olivenza», *Premio Antonio Cuéllar Gragera*, 1976, pág. 8; Buenaventura CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, vol. II, Pamplona,

Concluyen estos autores que con esta sentencia se llegaría a la conclusión pintoresca y absurda de que la comunidad, establecida al momento del matrimonio, sólo surtiría efectos en el interregno comprendido entre la disolución del matrimonio y el momento de formalizarse las operaciones de liquidación de la comunidad, no haciendo partícipe de los bienes al otro cónyuge sino a los herederos, con lo que el Fuero quedaría desvirtuado.

La causa de tal error, sin duda, proviene de la interpretación de una norma especial sobre la base de principios generales del Derecho general de España, como específicamente recoge la sentencia; principios del Derecho que a partir del siglo XVIII se consideran emanados de la razón humana e inmutables, en este caso la mayor incapacidad de la mujer que ha de ser completada por el hombre, y el análisis desde esta perspectiva de los bienes gananciales. Tal principio además venía siendo arraigado desde la recepción del Derecho Romano Clásico en los siglos XIV y XV<sup>28</sup>.

Indudablemente hoy, la capacidad de la mujer se considera equiparada a la del hombre, y los bienes gananciales son comunes desde su adquisición, precisando el mancomún consentimiento de ambos cónyuges, para su enajenación.

En el Derecho general de España, esto no fue así históricamente, como hemos visto, a diferencia del Fuero del Baylío en donde los bienes eran comunes desde

---

edit. Aranzadi, 1983, pág. 393; Francisco BLASCO GASCÓ y otros, *Derecho de Familia*, Valencia, edit. Tirant lo Blanch, 1991, pág. 312; Mariano YZQUIERDO TOLSADA, «El Fuero del Baylío, vigente pero no viable», *Actualidad Civil*, 12 de mayo de 1991, págs. 250 y 251; Antonio ROMÁN GARCÍA, «El régimen económico-matrimonial del Fuero del Baylío (aproximación al estudio de la normativa del Fuero del Baylío)», *Anuario de la Facultad de Derecho de Cáceres*, 1992, pág. 453; José María CHICO Y ORTIZ, *Estudios sobre Derecho hipotecario*, 3.ª edición, edit. Marcial Pons, 1994, pág. 1047; José Manuel GARCÍA, *Legislación Hipotecaria y del Registro Mercantil*, vigésima edición actualizada a septiembre de 1999, edit. Civitas, comentario al art. 90 del Reglamento Hipotecario; Guillermo CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, «El Fuero del Baylío: su pervivencia y contenido en Extremadura», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 679, septiembre-octubre de 2003, págs. 2683-2686; Javier SÁNCHEZ-ARJONA Y MACÍAS, *Origen jurídico del Fuero de Baylío*, tesis doctoral, Madrid, 2004, pág. 22; Mercenario VILLALBA LAVA, *El Fuero del Baylío como Derecho Foral de Extremadura*, Asamblea de Extremadura, 2009, págs. 341 y ss.

<sup>28</sup> Ya hemos expuesto en la nota 3 que en el Derecho general de España no era precisa la intervención de la mujer, ni siquiera para la venta de bienes gananciales o comunes, e inclusive se defendía que tampoco era para los privativos de la esposa. Sin embargo, a lo largo del expediente mandado hacer por Carlos III, de forma unánime, todas las autoridades, escribanos y testigos declararon que era precisa la intervención de la mujer para la venta de los bienes sometidos al Fuero del Baylío, de donde se deduce, además, que los bienes eran comunes desde la celebración del matrimonio. Ello además parece obedecer a una tradición en este régimen de comunidad universal, y en este sentido pueden verse documentos de fechas próximas al año 1000 en el *Livro Preto da Sé de Coimbra*, edición crítica, texto integral, director y coordinador editorial Manuel Augusto Rodríguez, director científico Cónego Avelino de Jesús da Costa, Arquivo da Universidade de Coimbra, 1999, docs. 1, 144, 157, 175, 183, 200, 204, 207, 208, 216, 221, 224, 225, 226, 232, 233, 264, 280, 336, 347, 362, 426, 429, 460, 461, 464, 467, 469, 472, 476, 480, 482, 483, 486, 489, 495, 501, 504, 517, 524, 506, 511, 546 y 561, entre otras.

la celebración del matrimonio y se precisaba el consentimiento de la mujer para los actos de enajenación de tales bienes<sup>29</sup>.

Como hemos señalado, la Real Cédula de 1778 y la Novísima Recopilación de 1805, dieron cuenta de la existencia del Fuero del Baylío pero no expusieron, con la suficiente claridad, su contenido.

En vez de pulsar la costumbre, que es el método correcto, ante la duda que puede plantear la interpretación de una norma de esta naturaleza, los Magistrados del Tribunal Supremo, en 1892, acudieron para la resolución de la controversia jurídica al Derecho común de España.

Tal errónea práctica tiene embargada la práctica oficial del Fuero, y puede ser indicativo de los perniciosos efectos que se pueden derivar de la doctrina de sentencia que comentamos de 2008.

Todos los documentos históricos y autores conocedores del Fuero del Baylío eran unánimes, los bienes eran comunes desde la celebración del matrimonio, necesitándose el mancomún consentimiento de los cónyuges en los actos de enajenación, y por ello el Juez de Olivenza que resolvió la sentencia en primera instancia así lo recogió en su sentencia. Por eso hubiese resultado de gran utilidad, que al menos uno de los magistrados de la Audiencia de Cáceres hubiese conocido, adecuadamente, el régimen del Fuero del Baylío.

### 3. SU ESTUDIO DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS PROCESAL Y ADMINISTRATIVO

#### A) **Un concurso no puede fallarse sino de acuerdo con lo que establecen sus bases firmes. La jurisprudencia hasta ese momento y posterior. Examen de la sentencia desde la perspectiva de los principios de seguridad jurídica, confianza legítima, legalidad y publicidad de los concursos**

Para resolver el caso existía una normativa clara y una jurisprudencia concluyente.

Cuando las bases de una convocatoria no se atienen a los criterios legales correspondientes, los interesados pueden impugnarlas en vía administrativa, y en su caso posteriormente en la judicial. De igual modo, la Administración puede instar la revisión de oficio, y si los errores son materiales corregirlos sobre la marcha<sup>30</sup>, lo que no se llevó a cabo en el caso de autos.

Actuar de otra forma contravendría la propia legalidad, y los principios de seguridad jurídica y confianza legítima.

Con relación al principio de seguridad jurídica, la S.T.S. de la Sala III, Sección 7.<sup>a</sup> de 23-10-2000 (rec. 3079/1995), en su fundamento jurídico tercero

<sup>29</sup> Ver nota anterior.

<sup>30</sup> Arts. 105 y 106 de la Ley Estatal 30/1992.



señala que: «la seguridad jurídica exige que se mantengan las situaciones que han creado derechos a favor de sujetos determinados, sujetos que confían en la continuidad de las relaciones jurídicas surgidas de actos firmes de la Administración, que no fueron impugnados en tiempo y forma, por lo que había razón para considerarlos definitivos y actuar en consecuencia. Ello no quiere decir que la acción de nulidad no pueda ejercitarse contra los actos firmes de la Administración. Puede promoverse contra actos firmes, pero su ejercicio es improcedente cuando con ello se vulneran las necesidades derivadas de la aplicación del principio de seguridad jurídica, principio que está indisolublemente ligado al respeto a los derechos de los particulares, expresamente mencionado por el art. 112 de la LPA como límite al ejercicio de la potestad revisora de la Administración establecida en el art. 109».

Las SS.T.S. de la Sala III, Sección 7.<sup>a</sup> de 5-3-2001 (rec. 565/1994) y 19-3-2001 (rec. 6343/1995), entre otras muchas, destacan que la base firme y consentida es la que ha de utilizarse para resolver el concurso, de manera que al someterse a él voluntariamente, la parte no puede impugnarla al recurrir el resultado del concurso, tesis que es puntualizada por las SS.T.C. de la Sala II, 93/1995 y 193/1987, que señalan que esta impugnación es permitida y se puede entrar en el análisis de las bases de la convocatoria cuando se vulneren derechos fundamentales.

Al no vulnerar la convocatoria de referencia derecho fundamental alguno (ni siquiera alguien lo alegó) ni haberse impugnado las bases, ni haberse llevado a cabo la revisión de oficio o a instancia de parte, el Tribunal Supremo no podía, sin vulnerar la legalidad o los principios constitucionales de seguridad jurídica y confianza legítima, resolver el recurso sin atenerse a las bases, o lo que es lo mismo, interpretando éstas de tal manera que las desnaturalizaban por completo, al señalar que se decía, lo diametralmente opuesto a su clara dicción literal.

La obligación que tenía la Administración de sujetarse a las bases de la convocatoria y el Tribunal Supremo de respetar las mismas se deriva también, como he dicho, del respeto que debe observarse de la buena fe y del principio de confianza legítima<sup>31</sup>, ya que de acuerdo con al S.T.S. de la Sala III, Sección 4.<sup>a</sup> de 1-12-1999 (rec. 5475/1995), aunque el principio de confianza legítima no obliga a respetar el precedente si el acto administrativo es contrario a Derecho, sí que la eliminación de este acto administrativo debe llevarse a cabo siguiendo el procedimiento legalmente establecido.

De este modo, al no impugnarse en las bases ni alegarse vulneración de derechos fundamentales exigía la legítima confianza de que el recurso se fallaría de acuerdo con las bases. Tampoco era previsible que éstas fueran interpretadas hasta el límite de considerar que decían lo diametralmente opuesto a su clara interpretación literal.

<sup>31</sup> SS.T.C. 67/1984, 73/1988, 198/1988 y S.T.S. de la Sala I, Sección 7.<sup>a</sup> de 23-5-2001 (rec. 5588/1996) y de esta misma Sala, Sección 1.<sup>a</sup> de 20-6-2002 (rec. 24/1997).

Es decir, si no se produce una previa impugnación de las bases y ni siquiera se alega la vulneración de derechos fundamentales, el concurso debía atenerse a tales bases firmes, que eran la ley del concurso para los interesados, la Administración y los Tribunales de Justicia.

Por las razones de legalidad, seguridad jurídica y confianza legítima expuestas, la Administración y mayormente el Tribunal Supremo debieron sujetarse a las bases de la convocatoria para resolver.

Dice la S.T.S. 3-3-2005 (rec. 260/2004), de la Sala 3.<sup>a</sup> y Sección 1.<sup>a</sup>, en su fundamento jurídico tercero que: *«Ciertamente, es doctrina jurisprudencial consolidada (plasmada en sentencias de esta Sala de 13 de enero de 2000, 24 de marzo de 1998 y 20 de marzo de 1995, entre otras muchas) que la concurrencia a un proceso selectivo sin que se haya impugnado la convocatoria o alguna de sus bases impide la ulterior impugnación de la resolución que sobre el mismo recaiga por motivos relativos a posibles defectos de la convocatoria, que en su día pudieron hacerse vale mediante el oportuno recurso contra éstas, ello con el fin de evitar que quien aceptó unas bases determinadas las impugne después cuando no resultó favorecido, quebrantando así el principio en virtud del cual las bases de las convocatorias vinculan a la Administración y a los Tribunales o Comisiones permanentes de selección que ha de juzgar las pruebas selectivas y a quienes participen en las mismas*<sup>32</sup>.

*Este principio general es asimismo aplicable a la provisión de cargos judiciales y así lo ha resaltado la sentencia de esta misma Sala de 9 de diciembre de 2002, al declarar, en relación con la impugnación del resultado de un concurso para la provisión de un Juzgado, que «la jurisprudencia de este Tribunal Supremo ha reiterado que las bases de la convocatoria de un concurso (o de cualquier otra prueba selectiva) constituyen la ley a la que ha de sujetarse el procedimiento y la resolución del mismo, de manera que, una vez firmes y consentidas, vinculan por igual a los participantes y a la Administración. Claramente expone la sentencia de 24 de enero de 1991, que el actor que consintió las bases, no puede luego, en un momento procesal inadecuado, conseguir su nulidad. En el mismo sentido pueden consultarse las sentencias de 29 de enero de 1991 (fundamento de derecho tercero), o de septiembre de 1993 (fundamento tercero) y 16 de junio de 1997 (fundamento segundo). Idéntica declaración de este principio, básico en el régimen jurídico de los concursos, bien sean para el acceso a la función pública o para la provisión de puestos de trabajo, se contiene en los arts. 15.4 y 38.1 del Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional, aprobado por R.D. 364/1995, de 10 de marzo, que aunque no es aplicable al supuesto enjuiciado, hace constar un postulado general que es fundamental en supuestos como el que en este recurso se suscita.*

*Esta tesis de la sentencia de 9 de diciembre de 2002, es, asimismo, la que acoge una de 24 de marzo de 2003, para considerar que no impugnadas las bases de un concurso*

<sup>32</sup> Las SS.T.S. de la Sala III, Sección 7.<sup>a</sup> de 12-7-2006 (recs. 749/2000 y 1462/2001) y 18-4-2007 (rec. 1057/2001) califican estos criterios jurisprudenciales de uniformes.

*para proveer cargos judiciales, no es posible combatirlas después con la finalidad de impugnar los resultados de su aplicación».*

En párrafos siguientes dice: *«En fin por agotar el estudio de la cuestión desde este punto de vista, es verdad que no faltan pronunciamientos de esta Sala que con carácter casuístico han relativizado la fuerza vinculante de las bases de procedimientos selectivos cuando éstas adolecen de un vicio de nulidad radical o absoluta (art. 62 de la Ley 30/1992, L.R.P.J.-P.A.C.), pero en este caso no se han alegado ni razonado tales hipotéticos vicios por lo que la posible irregularidad denunciada sería, en este caso, constitutiva de una mera anulabilidad (art. 63.1 L.R.J.-P.A.C.), no denunciable por quien se ha aquietado con la convocatoria de que trae causa».*

No sólo con carácter previo sino también con posterioridad, son muy numerosas las SS.T.S. que vienen a ratificar lo expuesto tras la S.T.S. de 28-1-2008 que constituyen el objeto central de este trabajo, entre las que podemos mencionar las de la Sección 7.<sup>a</sup> de 10-6-2011 (rec. 3507/2009), 8-4-2011 (rec. 4121/2009), 25-3-2011 (rec. 4125/2009), 27-5-2010 (rec. 1719/2007), 8-3-2010 (rec. 2135/2006), 10-2-2010 (rec. 2650/2006), 24-9-2009 (rec. 1309/2008), 19-7-2009 (rec. 4041/2005), 22-6-2009 (rec. 2418/2006), 9-6-2009 (rec. 168/2007), 4-5-2009 (rec. 5652/2005), 9-3-2009 (rec. 2548/2005) y la de 27-6-2008 (rec. 1405/2004).

En el caso de referencia, la convocatoria de la plaza se hizo de acuerdo con las previsiones legales, es decir, se convocaba una plaza en la Sala Civil y Penal del T.S.J. de Extremadura, y de acuerdo con el art. 330.3 de la L.O.P.J. era preciso tener una antigüedad mínima de cinco años como magistrado y especiales conocimientos en Derecho Civil, Foral o Especial propio de la Comunidad Autónoma.

La Administración, en este caso el C.G.P.J., lógicamente ni corrigió un error material, ya que no existía, al tener la Comunidad Autónoma de Extremadura un Derecho Foral propio como reconoce la sentencia, ni instó la revisión de oficio.

La sentencia que estamos comentando reconoce que la convocatoria se había hecho conforme con las bases expuestas y sobre la exigencia de tales requisitos razona que más bien parece que la inclusión de esa previsión no responde más que al uso del modelo formulario habitual en la generalidad de los anuncios de convocatorias de vacantes judiciales para las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia (f. jdco. 5.º, pár. 6.º).

Por el carácter hipotético de la mención, deducimos que tal extremo no fue siquiera alegado por la Administración, por lo que el vicio sería mayor, inclusive de incongruencia.

Dice la sentencia S.T.S. de la Sala III, Sección 7.<sup>a</sup> de 27-6-2008 (rec. 1405/2004), f. jdco. 3.º, que el criterio de publicidad exige que los criterios de actuación del órgano administrativo resolutor del concurso u oposición sean precedentes a la realización de la prueba y notificados a los aspirantes, pues sólo así se garantiza el principio de seguridad jurídica.

Precisamente tal afirmación la lleva a cabo el T.S. en la sentencia que acabamos de citar para corregir la actuación de un tribunal calificador (órgano administrativo de selección), que merced a una interpretación de las bases llegaba a una configuración de las mismas realmente diferente, como de hecho sucede y lleva a cabo la S.T.S. de 28-1-2008 que comentamos y constituye el eje de este trabajo.

## **B) La inaceptable alteración de las bases de la convocatoria por vía interpretativa**

Ya hemos mencionado lo que dice la S.T.S. de 3-3-2005 citada, relativa a la eficacia de las bases firmes, que para dejarlas sin efecto hubiera sido preciso recurrirlas, lo que aquí no aconteció.

La sentencia que comentamos de 29-1-2008 razona, sin embargo, que: «*La previsión del apartado tercero del art. 330 debe ser interpretada y aplicada en sus justos términos*» (f. jdco. 5.º, pár. 6.º).

Ya hemos expuesto que al margen de la interpretación que tal precepto merezca al Tribunal Supremo, lo relevante era lo que claramente decían las bases, que eran firmes y no habían sido impugnadas.

Unas bases firmes se vulneran de la misma manera, no aplicándolas o aplicándolas, tras una labor de interpretación, en donde se llegue a la conclusión de que dicen, lo que resulta diametralmente opuesto a lo que la claridad de las palabras ponen de manifiesto.

Puntualizando lo anterior, dice la sentencia comentada a continuación que: «*La regla contenida en ese precepto rectamente entendida, obligará a valorar dichos méritos no siempre, sino en la medida que la Comunidad Autónoma correspondiente contenga regímenes jurídicos forales que requieran una especialización, pues como resulta obvio, existen Comunidades Autónomas con regímenes forales más o menos desarrollados, junto con otras que carecen por completo de ellos*».

No comparto aquellos métodos de razonamiento, merced a los que una vez aplicados, resulta una consecuencia que choca frontalmente con la lo que claramente resulta de sus palabras. Como vemos, aún cuando el Tribunal Supremo dice que «*la previsión del apartado tercero del art. 330 debe ser aplicada en sus justos términos*», realmente va a concluir que los términos de tal artículo han de interpretarse de manera que digan lo contrario de lo que claramente dicen.

A nuestro modo de ver tal interpretación antagónica con la literal (*in claris non fit interpretatio*), no puede justificarse en que el Fuero del Baylío tenga un «carácter puntual y aislado en el conjunto del sistema, reducido en su contenido y alcance, carente de complejidades dogmáticas y geográficamente limitado» (f. jdco. 5.º, párs. 5.º y 6.º), características que determinan que no «precise de un aprendizaje especializado» y ello por cuanto que: 1.º) ni la ley ni la convo-

catoria distinguían porque no debían hacerlo, y 2.º) porque tales aseveraciones son completamente falsas y erróneas.

Manuel Madrid del Cacho publicó en 1973 en el diario *Ya*, un artículo que llevaba por rúbrica: «El Fuero del Baylío, ese desconocido». Utilizando cifras de 1970, afirmaba que su ámbito geográfico rige para una extensión doble que la del Fuero de Vizcaya, y para una población sensiblemente igual, ya que este último sólo tiene aplicación en la tierra llana o infazonado, y no en las concentraciones urbanas más importantes. Con relación a Menorca, que también tienen su normación específica dentro de la Compilación para Baleares, la extensión del Fuero del Baylío es cinco veces mayor y la población implicada dos veces y media. En cuanto al Fuero de Ayala, que se aplica en esta villa y en las de Lezama Amurrio y Oquendo contempla una extensión 12 veces menor y una población ocho veces inferior.

– *La necesaria apelación que las bases debían hacer al Derecho Foral o Especial de Extremadura. La Ley no distingue entre Derechos Forales largos o cortos, fáciles o difíciles*

La ley y la convocatoria dicen y decían, que el magistrado ha de tener cierta antigüedad y especiales conocimientos. Es elemental que el resultado del razonamiento no puede ser que no sea preciso tenerlos, que es a la consecuencia que se llega en la sentencia.

Los dictados de la ley y la convocatoria que regía el objeto de litigio que se resuelve en la S.T.S. que comentamos son plenamente coherentes y vienen a desvirtuar los razonamientos que contiene la referida sentencia. Es decir que las bases de la convocatoria tenían presente no sólo una realidad aplicativa del Fuero del Baylío que se reconoce en la sentencia<sup>33</sup> sino que también eran sistemáticas con las exigencias de legalidad.

Como ya hemos expuesto, el art. 50.2. a) y b) del Estatuto de Autonomía de Extremadura<sup>34</sup> establece que el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura conocerá de los asuntos y ejercerá las funciones que en materia de Derecho estatal establezcan las leyes de Estado, y, en los términos previstos en la Ley Orgánica del Poder Judicial, sobre las siguientes cuestiones: «de los recursos de casación fundados en la infracción del derecho propio de Extremadura, así como de los recursos extraordinarios de revisión que contemple la ley contra las resoluciones firmes de los órganos jurisdiccionales radicados en Extre-

<sup>33</sup> La sentencia que comentamos reconoce que: «la Comunidad Autónoma Extremeña cuenta con esa importante institución foral», con «la evidente trascendencia práctica que tiene su aplicación en el territorio que abarca su vigencia» (f. jdco. 5.º, párs. 5.º y 6.º).

<sup>34</sup> Debe destacarse aquí la importancia de que un texto de esta naturaleza tenga esta mención, ya que está realzando la singularidad y trascendencia que se otorga a la cuestión, ya que el Estatuto de Autonomía, como sabemos, tiene un carácter superior al resto de las leyes del Estado y de las Comunidades Autónomas e integra el denominado bloque de constitucionalidad (S.T.C. 66/1985).

madura», así como de «los recursos de casación y revisión relacionados con el Fuero del Baylío<sup>35</sup>».

El citado precepto tiene su plena coherencia con lo que dispone el art. 73.1 de la L.O.P.J. y 478 de la L.E.C. del 2000.

Ni la ley, ni las normas de la convocatoria, distinguen entre regímenes forales más o menos desarrollados para la provisión de las plazas de referencia.

Las competencias que tiene asignada la Sala Civil y Penal del T.S.J. de Extremadura en materia civil, guardan relación casi en exclusividad con el Fuero del Baylío, de ahí que sea lógica la especialidad que pretende.

Es indudable que el art. 330.3 de la L.O.P.J. exige para la provisión de la plaza de referencia, junto con la antigüedad como magistrado, unos especiales conocimientos de Derecho Civil, Foral o Especial propio de la Comunidad Autónoma, lo que se recogía asimismo, en la convocatoria de la plaza, no impugnada por las partes ni corregida o revisada por la Administración.

La sentencia comentada de 29-1-2008 reconoce que el Fuero del Baylío es el Derecho Foral de Extremadura, y que el Estatuto de Autonomía atribuye una competencia material y procesal a la Sala Civil y Penal del T.S.J. de Extremadura para el conocimiento de este Derecho Foral.

De una somera lectura puede deducirse claramente, que tal normativa abarca la práctica totalidad, en la actualidad, de sus atribuciones civiles.

El art. 330.3 no distingue entre Comunidades Autónomas con mucho o poco Derecho Foral, ni tampoco entre aquellas que tengan un Derecho más fácil o difícil de aprender (*ubi lex non distinguit nec not distinguere debemus*).

Las SS.T.S. de 16-7-2007, 21-2-2008 ó 22-2-2008 (recs. 157/2005, 261/2004 y 339/2004 respectivamente) anulan Acuerdos de la Comisión Permanente del C.G.P.J., y lo hacen razonando en sus f. jdco. 5.º, párs. 2.º y 3.º que: «*más allá de lo que se considere acertado o conveniente se ha querido que el mérito excluido por el Acuerdo impugnado se tenga presente en todos los supuestos de provisión de destinos judiciales, sin excepciones... no autorizando para derivar de ahí una exclusión que legalmente no se ha dispuesto*».

Aun cuando los conocimientos del Fuero del Baylío fuesen tan elementales de adquirir como se dice en la sentencia, que no lo son en absoluto, como vamos a probar a continuación, lo relevante no es que se puedan llegar a adquirir con mayor o menor esfuerzo, sino si a la fecha de la convocatoria se tenían o no.

---

<sup>35</sup> Como ya hemos dicho, el art. 42 del Estatuto de Autonomía de Extremadura, hasta la reforma operada por la L.O. 1/2011 de 28 de enero, en la redacción aplicable al caso decía que: «*La competencia de los Juzgados y Tribunales de la Comunidad Autónoma de Extremadura será la establecida en las leyes orgánicas y procesales del Estado. No obstante, en materia civil se extenderá a todas las instancias y grados incluidos los recursos de casación y revisión en cuestiones relacionadas con el Fuero del Baylío y las demás instituciones de Derecho consuetudinario extremeño*».

Señala el voto particular del Sr. Díaz Delgado, que tal y como aparece la convocatoria y la forma de selección en la L.O.P.J., así como el reconocimiento de la existencia de tal Derecho Foral en el Estatuto de Autonomía<sup>36</sup>, lo importante es su existencia, de manera que la elección de un magistrado que carece de tales conocimientos especiales sobre el Fuero del Baylío debe considerarse contraria a Derecho<sup>37</sup>, destacando que la posibilidad de lograr dicha especialización por unos u otros cauces estuvo durante muchos años a disposición de todos los candidatos. Si alguno de los concursantes los tenía debía ser nombrado y de concurrir varios debía aplicarse el criterio de la antigüedad, ya que no nos encontramos ante cargos de nombramiento discrecional.

– *El conocimiento especial del Fuero del Baylío sí precisa de un aprendizaje especializado y prolongado*

Desde mi punto de vista, el problema real que se debía resolver en la sentencia no residía en la determinación del alcance o importancia del Fuero del Baylío, sino en determinar si alguno de los concursantes tenía los conocimientos especiales que reclamaban la ley y la convocatoria, o simplemente los generales que cualquier jurista tiene sobre este régimen foral.

Es un hecho notorio que los miembros de la Carrera Judicial pueden ser destinados a cualquier punto de la geografía nacional para resolver cualesquiera cuestión jurídica Común o Foral: en instancia, apelación o casación.

Centrándonos en quienes acceden a la Carrera Judicial por oposición, cuyos conocimientos para el resto de formas de acceso se presumen equiparados, es palmario que en el programa aparecen una serie de temas, cuya superación con el nivel exigido presuponen un conocimiento tanto del Derecho Común como del Foral español, y que les habilita para resolver judicialmente cualquiera de los problemas que se planteen en el orden jurisdiccional civil.

No hemos de ignorar que nuestro sistema vigente cualquier problema de Derecho Foral en que rijan la ley personal<sup>38</sup> como sucede en las cuestiones matrimoniales, puede ser resuelto en instancia, apelación o casación fuera de los Tribunales de Justicia de la Comunidad Autónoma en que este Derecho Foral es propio<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> Los arts. 71 y ss. del Reglamento del C.G.P.J. 2/2011 de la Carrera Judicial vienen a atribuir a la mención que se haga en los Estatutos de Autonomía un carácter determinante para la valoración del mérito relativo al conocimiento del Derecho Civil propio.

<sup>37</sup> No debe olvidarse que la sentencia reconoce la existencia de tal institución foral, de sus efectos aplicativos trascendentes y de las especialidades que recoge.

<sup>38</sup> Arts. 149.1.8 de la C.E. de 1978, y S.T.C. 72/83, 156/93 y 226/93, en relación con los arts. 9, 14, 15 y 16 del C.c., y 807 de la L.E.C.

<sup>39</sup> En casación, cuando el Derecho Foral coincida con el sustantivo conocerá el Tribunal Superior de Justicia, pero en el resto de los casos conocerá el Tribunal Supremo (art. 152.1 de la C.E. de 1978 y 70 de la L.P.O.J. de 1985). En este sentido S.T.S. de 9-5-2005 (rec. 4371/1998).



Pero es más, al contrario de lo que se sostiene en la sentencia, el Fuero del Baylío, al no encontrarse su contenido por escrito, sí precisa de unos conocimientos especiales y un aprendizaje prolongado.

Hoy en día los aforados tienen noticias contradictorias sobre el Fuero del Baylío. Saben que existe y produce efectos en el matrimonio, pero no se conoce con precisión cuándo y cómo debe aplicarse, contribuyendo decididamente a la inseguridad jurídica, los órganos de poder público, que lo aplican de manera antagónica a lo que es la costumbre tradicional.

¿Cuál es el territorio aforado? ¿Se aplica también el Fuero del Baylío a los nuevos núcleos de población surgidos por la colonización en la época de Franco? ¿Cómo se aplica este régimen a las transmisiones de los indivisibles lotes agrícolas de la época de colonización en los nuevos poblados? ¿Se aplica a los casados en territorio aforado o a los inmuebles sitios? ¿Cuál es realmente el criterio de aplicación?

¿Qué tratamiento ha de darse a los bienes inscritos en el Registro de la Propiedad? ¿Desde cuándo son comunes los bienes? ¿Para qué bienes es precisa la concurrencia de ambos cónyuges en los actos de enajenación? ¿Tiene el cónyuge superviviente derecho de usufructo viudal o la mayor cuota de participación en la liquidación es suficiente? ¿Qué bienes son comunes, qué deudas? ¿Qué sucede con las reservas y fideicomisos? ¿Qué sucede en los casos de nulidades matrimoniales, separaciones y divorcios? ¿Qué sucede con las parejas de hecho?

El solo precepto que señala la sentencia que estamos comentando se acomoda muy mal con estos interrogantes y su respuesta.

Es indudable que al contrario de lo que se afirma en la sentencia (*...en su relación con el ordenamiento jurídico en el que se integra, tiene por contenido un solo precepto*) (f. jdco. 5.º, pár. 4.º), el Fuero del Baylío sí que tiene especiales complejidades dogmáticas ¡Que se lo pregunten a los comentaristas de la S.T.S. de 1892! Al igual que ahora, los entonces autores de la sentencia también consideraban que no ¡Ahí están los resultados!

Desde luego que los proyectos y proposiciones de ley que se han presentado en 1972, 1978 y 1984 ante las Cortes tenían bastantes más, al igual que sucede con el resto de regímenes tipificados que regulan la comunidad universal en el matrimonio.

El Fuero del Baylío no es un régimen legal tipificado sino supletorio de primer grado. Quiere decirse con esto que, en defecto de pacto, se aplica directamente, y su régimen está llamado a resolver todas las cuestiones patrimoniales que sucedan entre los cónyuges regidos por el Fuero del Baylío, es decir, que no existe un régimen legal previo, que con carácter general esté llamado a resolver todas las cuestiones jurídicas que se planteen entre los cónyuges, conteniendo el Fuero del Baylío pequeñas especialidades. El Fuero del Baylío constituye ese régimen general.

El Código civil alemán, que regula como supletorio, en defecto de pacto, el sistema de separación, es decir, que tiene un sistema legal previo al de comunidad universal, tipifica el régimen de comunidad universal, en sesenta y siete artículos. Los proyectos legislativos presentados sobre el Fuero del Baylío contenían nutridos informes de los Colegios de Abogados, Notarios, Registradores de la propiedad y de la Universidad, con apasionados debates en el seno de la Comisión General de Codificación.

Cuando la sentencia comentada considera que el Fuero del Baylío tiene un solo precepto, solamente se puede referir a que la Real Cédula de Carlos III aprobatoria de su vigencia, ordena la aplicación de un determinado régimen jurídico que resume, dato más que evidente si se lee la misma en su integridad, extremo que prácticamente nadie lleva a cabo. Ciertamente que la vigencia y aplicación del Fuero del Baylío proviene de una sola norma: una Real Cédula. No olvidemos, sin embargo, que el Código civil también proviene de una sola norma: un R.D. Legislativo.

En los últimos cuarenta años se han elaborado cuatro tesis doctorales sobre el Fuero del Baylío, alguna de ellas de ámbito europeo. En los últimos diez, al menos, se han celebrado tres congresos internacionales con la participación de más de seiscientos juristas. No pretendiendo ser exhaustivo, pero poniendo al descubierto la debilidad del argumento utilizado por el Tribunal Supremo, que con la mínima diligencia se puede desvanecer, podemos decir que, con una pequeña búsqueda en internet aparecen rótulos de estudios sobre el Fuero del Baylío durante más de veinte páginas.

La respuesta a las preguntas a las que he hecho mención y otras muchas, precisan de conocimientos de Derecho Civil, Procesal<sup>40</sup>, Administrativo, Constitucional, así como de Derecho Comparado<sup>41</sup>, de Derecho Romano o de Historia del Derecho<sup>42</sup>, para las competencias de conservación y modificación de este Derecho Foral, sin olvidar la competencia de desarrollo, que como hemos visto,

---

<sup>40</sup> No sólo a la parte orgánica judicial sino a la propiamente adjetiva. En este sentido debe tenerse presente el art. 149.1.6 de la C.E., teniendo presente la S.T.C. de 25-3-2004 y la Ley 5/2005 de 25 de abril, reguladora del recurso de casación en materia de Derecho civil de Galicia, dictada al amparo de esta competencia y de la doctrina de la S.T.C. citada, y que establece como motivo casacional, el error en la apreciación de la prueba, que demuestre desconocimiento por parte del juzgador, de hechos notorios que supongan infracción de usos y costumbres.

<sup>41</sup> Para examinar otros Derechos que regulan formas de comunidad universal, no sólo en los Derechos Forales españoles: País Vasco, Cataluña, Navarra o Aragón, sino en el Derecho Portugués, Alemán, Holandés o de los Países Nórdicos.

<sup>42</sup> No se puede conocer correctamente el régimen jurídico del Fuero del Baylío ignorando su origen y evolución. Por ello, todos los tratadistas han comenzado sus monografías con el estudio de este aspecto clave. Para tener un conocimiento cabal del Fuero del Baylío es preciso un examen de la documentación en que se ha plasmado su aplicación: compraventas, donaciones, pactos matrimoniales, testamentos, sentencias, siendo de gran utilidad el expediente realizado por Carlos III y del que ya he hecho mención. Lógicamente para seguir la evolución de este régimen ha de conocerse la Historia del Derecho.

al analizar el alcance constitucional de los Derechos Forales, puede dar lugar a un gran crecimiento orgánico de este Derecho.

Todo ello, lógicamente, sí que exige un prolongado aprendizaje, extremos que son completamente ignorados por la S.T.S. de 2008 que estamos comentando, y prueba de ello es que la Asamblea de Extremadura creó el 25-4-2006, el Consejo de Derecho Consuetudinario<sup>43</sup>, con objeto de desarrollar estudios sobre este Derecho Foral.

#### IV. EL DEBIDO RESPETO QUE TODOS LOS PODERES PÚBLICOS HAN DE DISPENSAR AL FUERO DEL BAYLÍO

Una vez acreditado el interés del legislador constitucional en el respeto de los Derechos Forales o Especiales y del ordinario a través del desarrollo de los Estatutos de Autonomía, se ha de destacar el del legislador estatal a la hora de dictar el Derecho Procesal orgánico en la materia y del legislador autonómico extremeño, no sólo en el realce creciente que viene dando al Fuero del Baylío en las diferentes reformas estatutarias, sino en la creación por la Asamblea del citado Consejo de Derecho Consuetudinario, lo que contrasta abiertamente con la doctrina de la sentencia que comentamos y consideramos que se debe modificar<sup>44</sup>.

El Fuero del Baylío nunca ha enarbolado una bandera política. A diferencia de otros, su contenido no obedece a derechos de raíz feudal o la voluntad absoluta de un señor, como acontecía con muchos<sup>45</sup>, sino que ha tenido en ocasiones dificultades para su reconocimiento por contener en su seno los sellos de la modernidad: 1) la igualdad de hombre y mujer dentro de la gestión patrimonial del matrimonio, 2) una solidaridad creciente entre los esposos, y 3) la mayor desvinculación de los bienes.

Tal y como reconocía Florencio García Goyena<sup>46</sup>, que sitúa el origen remoto del Fuero del Baylío en el Derecho romano, esta institución guarda perfecta

<sup>43</sup> Se reconoce, por lo tanto, que tal tarea excede además de la capacidad de una sola persona.

<sup>44</sup> Ciertamente que no nos imaginamos que el Tribunal Supremo pudiese dictar una sentencia de este tenor respecto a otro Derecho Foral, inclusive el valenciano.

<sup>45</sup> Con la cobertura de la doctrina defendida por la Escuela Histórica del Derecho y la localización de un supuesto espíritu del pueblo, dice el autor, se convierten en Derechos forales, como importante hecho diferencial a cultivar, los textos recopilados por Justiniano, ungidos con viejos derechos feudales y antiguas costumbres nobiliarias, y se defiende, en pintoresca y eficaz amalgama, en nombre de la tradición, del conservadurismo y del progreso científico por reaccionarios, moderados y revolucionarios extremistas, unos Derechos poco aplicados por los juristas y desconocidos actualmente por el pueblo. Lo que fuera una cuestión técnica y de política jurídica se convierte en un insoluble problema político, lo que se acometiera como tarea nacional, por iniciativa de juristas catalanes, navarros o aragoneses se tratará de convertir en invención castellana y hasta en imperialismo centralista, ofensivo para las demás regiones. Cit. Federico de CASTRO y BRAVO, *Derecho Civil de España*, tomo I, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1949, págs. 220 y ss.

<sup>46</sup> Florencio GARCÍA GOYENA (*Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, 1852, reedic., Zaragoza, 1974, pág. 665).

armonía con la naturaleza del matrimonio, que envuelve la comunión de cuerpos y almas en el que se basa nuestra convivencia para la mayoría de los españoles<sup>47</sup>.

Si la S.T.S. de 1892 supuso un verdadero cáncer en el sistema de aplicación oficial del Fuero del Baylío, la que comentamos de 29-1-2008, lejos de poner remedio, acentuará el daño<sup>48</sup>, acrecentando el desencuentro entre la sociedad y los órganos de poder público, que realmente debían de responder con toda fidelidad a sus expectativas.

Es sorprendente el respeto que hasta el siglo XIX se tuvo por parte de los Monarcas Absolutos de este régimen jurídico emanado de la costumbre popular, y los ataques que desde esta época están dirigiendo autoridades y órganos públicos de aplicación del Derecho al Fuero del Baylío<sup>49</sup>.

Considero que se debe, en realidad, a causa de su desconocimiento, y a la preferencia que sentimos los juristas en la actualidad por la norma escrita, que nos permite conocer con rapidez el contenido de las instituciones. En esta Época Contemporánea también se produce un mayor trasiego de profesionales dentro de la geografía nacional, de manera que la mayor parte de los jueces, notarios o registradores de la propiedad que aplican el contenido del Fuero del Baylío no son oriundos de las localidades aforadas, a diferencia de otras épocas más pretéritas.

Los poderes públicos deben coadyuvar con el Derecho Foral, especialmente si su contenido ha de extraerse de una costumbre, en la que los Tribunales desempeñan una labor más destacada, aportando seguridad jurídica, en un ámbito más indeterminado que en el de la norma escrita, y en donde es precisa una especial sensibilidad y laboriosidad.

El peso y el respeto de las costumbres y tradiciones tan fielmente guardadas y observadas así como el rancio carácter de la personalidad de quienes, sin

---

<sup>47</sup> En este mismo sentido Matías RAMÓN MARTÍNEZ, *El Libro de Jerez de los Caballeros*, 1892, págs. 174-179 y Miguel GARCÍA DE VINUESA (*Indicaciones sobre el Fuero del Baylío*, 1894, inédito, A.H.N., Sección Universidades, 4116, expediente 12, págs. 58-61), que destacan la importancia del amor en esta institución y el mayor protagonismo que permitía a la mujer en la gestión del patrimonio familiar.

<sup>48</sup> Ya que al resto de los miembros de la Sala no les es exigida tal especialización. Cit. Juan MONTERO AROCA, «La reforma de las Salas de lo Civil y Penal», *Poder Judicial*, n.º 24, Madrid, 1986, pág. 112. Véase al respecto también el fundamento jurídico n.º 46 de la S.T.C. 56/90. Véase en este sentido la S.T.S.J.P.V., Sala Civil y Penal de 28-2-1991, en donde antes de la reforma operada en este Derecho Foral por ley 3/1992, este Tribunal ya se pronuncia sobre el debatido tema de lo que debía acordarse en los casos de separación y divorcio en un régimen de comunidad universal, y al que el Tribunal da una respuesta acertada, precisamente por su conocimiento y preparación técnica sobre los principios en que debe fundarse este Derecho Foral.

<sup>49</sup> Javier SÁNCHEZ-ARJONA MACÍAS («Por qué es necesario legislar el Fuero del Baylío», *Actualidad Civil*, 14 de abril de 2000, págs. 205 y ss.) señala el conjunto de hechos que ponen de manifiesto que al Fuero del Baylío se le ha pretendido olvidar, no regular adecuadamente o no aplicar correctamente en los últimos 150 años.

alardes ni ostentación, nos muestran la profundidad de sus convicciones, no pueden ser ignoradas por los poderes públicos, los cuales no sólo deben acudir prestos al reclamo tumultuoso, sino que, con el debido respeto a la idiosincrasia de las tradiciones y riquezas de los pueblos, deben de proclamarlas y conservarlas, actualizarlas y otorgarles la importancia que en el desarrollo humano desempeñan.

Las instituciones jurídicas presentan esa doble faceta y el respeto debido a los pueblos y personas, reclaman en aras del desarrollo y la seguridad jurídica, el debido respeto, en todos sus ámbitos, del denominado Fuero del Baylío.